



**University of  
Zurich<sup>UZH</sup>**

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2017

---

**Gesetzgeberische Aus- und Einbauten in der kaufrechtlichen Nacherfüllung –  
Das Gesetz zur Änderung des Bauvertragsrechts, der kaufrechtlichen  
Mängelhaftung und weiterer Rechtsbereiche**

Picht, Peter Georg

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-141636>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Picht, Peter Georg (2017). Gesetzgeberische Aus- und Einbauten in der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Das Gesetz zur Änderung des Bauvertragsrechts, der kaufrechtlichen Mängelhaftung und weiterer Rechtsbereiche. *JuristenZeitung (JZ)*:807-816.

Mohr Siebeck  
72010 Tübingen  
Postfach 20 40  
ISSN 0022-6882

Redaktion:  
72074 Tübingen  
Wilhelmstraße 18  
e-mail: jz@mohr.de

Telefon  
(07071) 923-52  
Telefax  
(07071) 923-67  
www.juristenzeitung.de

# Juristen ZZ Zeitung

# 17

72. Jahrgang  
1. September 2017  
Seiten 797–852

Aus dem Inhalt:

**Hans Peter Bull**

Fehlentwicklungen im Datenschutz am Beispiel der Videoüberwachung

**Peter Georg Picht**

Gesetzgeberische Aus- und Einbauten in der kaufrechtlichen Nacherfüllung

**Benjamin G. Engst, Thomas Gschwend, Nils Schaks, Sebastian Sternberg und Caroline Wittig**

Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung

**Janwillem van de Loo**

Den Palandt umbenennen

BGH mit Anmerkung von

**Raphael Koch**

Beweislastumkehr bei grober Verletzung einer Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit

BGH mit Anmerkung von

**Christian Deckenbrock**

Vergütungsanspruch des Revisionsanwalts trotz Mandatsniederlegung



**Herausgeber**

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg  
 Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.  
 Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg  
 Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)  
 Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)  
 Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

**Redaktion**

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

17 72. Jahrgang  
 1. September 2017

# JZ

# Juristen Zeitung

Inhalt

**Aufsätze**

Professor Dr. **Hans Peter Bull**  
 Fehlentwicklungen im Datenschutz am Beispiel  
 der Videoüberwachung **797**

Professor Dr. **Peter Georg Picht**, LL.M. (Yale)  
 Gesetzgeberische Aus- und Einbauten in der  
 kaufrechtlichen Nacherfüllung **807**

**Benjamin G. Engst**, Professor **Thomas Gschwend**,  
 Ph. D., Dr. **Nils Schaks**, **Sebastian Sternberg** und  
 Dr. **Caroline Wittig**  
 Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten  
 der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Unter-  
 suchung **816**

**Umschau**

**Kurzbeitrag**  
 Den Palandt umbenennen  
**Janwillem van de Loo** **827**

**Tagungsberichte**  
 37. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen  
 und Strafrechtslehrer.  
 Tagung vom 25. bis 28. Mai 2017 in Wien  
 Professorin Dr. **Elisa Hoven** **831**

Rechtliche Konstruktion von Verantwortung in  
 Verbundzusammenhängen. EPEDER-Workshop  
 am 1. und 2. Dezember 2016 an der Juristischen Fakultät  
 der HU Berlin  
**Mascha Hesse** **834**

**Nachruf**

Karl Korinek †  
 Professor Dr. Dr. **Christoph Grabenwarter** **836**

**Literatur**

Richard A. Posner: Divergent Paths.  
 The Academy and the Judiciary  
 Professor Dr. Dr. **Eric Hilgendorf** **837**

Jochen Mohr: Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wett-  
 bewerbs- und Regulierungsrecht – Domestizierung wirt-  
 schaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge  
 Professor Dr. Dres. h.c. **Harm Peter Westermann** **838**

**Entscheidungen**

BGH, 11. 5. 2017 – III ZR 92/16  
 mit Anmerkung von  
 Professor Dr. **Raphael Koch**, LL.M. (Cambridge)  
 Beweislastumkehr bei grober Verletzung einer Pflicht  
 zum Schutz von Leben und Gesundheit **840**

BGH, 16. 2. 2017 – IX ZR 165/16  
 mit Anmerkung von  
 Dr. **Christian Deckenbrock**  
 Vergütungsanspruch des Revisionsanwalts  
 trotz Mandatsniederlegung **846**

**JZ Information**

Aktuelles aus der Rechtsprechung **498\***  
 Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **498\***  
 Gesetzgebung **499\***  
 Entscheidungen in Leitsätzen **501\***  
 Neuerscheinungen **516\***  
 Zeitschriftenübersicht **528\***  
 Festschrift/Sammelwerk **534\***  
 Impressum **536\***

Professor Dr. Peter Georg Picht, LL.M. (Yale), Zürich\*

## Gesetzgeberische Aus- und Einbauten in der kaufrechtlichen Nacherfüllung

Das Gesetz zur Änderung des Bauvertragsrechts, der kaufrechtlichen Mängelhaftung und weiterer Rechtsbereiche

Das Gesetz zur Änderung des Bauvertragsrechts und der Kaufgewährleistung setzt Rechtsprechung von EuGH und BGH zum Aus- und Wiedereinbau im Zuge der Mängelbeseitigung um, nimmt aber auch Ausweitungen und Korrekturen vor. Der Beitrag beleuchtet Kernfragen der neuen Rechtslage wie den Ersatzanspruch für Aus- und Einbauaufwendungen, die Haftungsbegrenzung bei unzumutbarem Aufwand und die Möglichkeit abweichender Parteiabreden. Dabei wird auch die Frage nach der Wertungsrichtigkeit im Verhältnis zur Schadensersatz-Gewährleistung und allgemein im Umgang mit besonders aufwändigen Nacherfüllungssituationen gestellt.

### I. Einführung

Die Kodifikation, welche den Gegenstand dieses Beitrags bildet, kündigt schon durch ihre Bezeichnung als „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“<sup>1</sup> davon, dass hier recht unterschiedliche Regelungsgegenstände zusammengespant werden. Das Gesetz schafft freilich zwischen den beiden erstgenannten Rechtsbereichen insofern eine Klammer, als es ihm erklärtermaßen um eine Besserung der Rechtssituation im privaten Baurecht geht.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag fokussiert nicht auf die umfangreichen Neuregelungen zum (Verbraucher-) Bauvertrags-, zum Architektenvertrags- und zum Ingenieursvertragsrecht,<sup>3</sup> sondern er behandelt die Änderungen im Kaufgewährleistungsrecht, die diesem Ziel dienen sollen.

Die mit Abstand prominenteste Fallgruppe, in der sich das Nacherfüllungsrecht und das private Baurecht überschneiden, wird durch die so genannten „Ein- und Ausbauten“ gebildet. Die Historie ihrer Meilensteine aus der deutschen und europäischen Rechtsprechung ist bereits so vielfach und kundig erzählt worden,<sup>4</sup> dass sich die vorliegenden Zeilen mit ganz kurzen Worten begnügen können: Leistet der Verkäufer eine oder mehrere Sachen, die zum Einbau beim Käufer bestimmt sind,<sup>5</sup> und erweist sich die Ware als

mangelhaft, muss neben den generellen Anforderungen des Kaufgewährleistungsrechts insbesondere *erstens* geklärt werden, ob der Verkäufer nur Reparatur oder Ersatzbeschaffung der Kaufsache selbst schuldet oder auch deren Aus- und Wiedereinbau. Und *zweitens* gilt es, eine Handhabung für Situationen festzulegen, in denen der Aufwand des Aus- und Wiedereinbaus so erheblich ist, dass die Grenze einer zumutbaren Belastung des Verkäufers erreicht erscheint. Blickt man auf die jüngere Rechtsentwicklung,<sup>6</sup> hatte der BGH zur Reichweite der Nacherfüllungspflicht zunächst die Position bezogen, dass der Verkäufer nur den Aus-, nicht aber auch den Wiedereinbau schuldet.<sup>7</sup> Zugleich hatte der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung mit § 439 Abs. 3 BGB eine Bestimmung geschaffen, die dem Verkäufer eine Verweigerung von Nacherfüllungsmaßnahmen ermöglicht, die zu unverhältnismäßigen Kosten führen würden. Nach ausdrücklicher Gesetzesanordnung kann hierdurch nicht nur die vom Käufer zunächst gewählte Art der Nacherfüllung zurückgewiesen werden (§ 439 Abs. 3 Satz 1, Satz 3 Halbsatz 1 BGB), sondern auch die verbliebene Art der Nacherfüllung, wenn sie gleichfalls unverhältnismäßig wäre (§ 439 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB). Im Ergebnis erbringt der Verkäufer dann gar keine Nacherfüllungsleistung mehr, der Käufer ist auf die sekundären Gewährleistungsrechte, namentlich Rücktritt und Schadensersatz verwiesen.<sup>8</sup> Zur Geltendmachung dieser Rechte ebnet § 440 Satz 1 BGB insofern den Weg, als er bei Nacherfüllungsverweigerung des Verkäufers eine Fristsetzung durch den Käufer für entbehrlich erklärt.<sup>9</sup> Diese Gestaltungsentscheidungen des deutschen Rechts hat der EuGH gründlich aufgestört,<sup>10</sup> indem er, gestützt auf Art. 3 der Verbrauchsgüterkauf-RiL<sup>11</sup> und mithin an sich nur für den Verbrauchsgüterkauf, eine Verpflichtung des Verkäufers zum Aus- und Wiedereinbau im Zuge einer Ersatzlieferung auch dann bejahte, wenn der Verkäufer durch den Kaufvertrag nicht zum Einbau verpflichtet war.<sup>12</sup>

maschinen (AG Schorndorf BeckRS 2009, 88603; EuGH a.a.O.). Bei der Imagination weiterer möglicher Anlassobjekte sind der Fantasie indes kaum Grenzen gesetzt. Insbesondere muss es sich keineswegs um den Einbau einer Vielzahl gleichartiger Kaufsachen handeln, das Verbauen eines einzelnen Teils kann zu denselben rechtlichen Schwierigkeiten führen. Hingegen ist es keine ganz zufällige Charakteristik der Ein- und Ausbauten, dass der Verkäufer die Vornahme der Einbaumaßnahme meist selbst schuldet. Denn ansonsten befände man sich rasch im Bereich des Werkvertragsrechts und die typisch kaufgewährleistungsrechtlichen Probleme stellten sich nicht.

<sup>6</sup> Für umfangreiche Nachweise zum Diskussionsstand vor Mitte 2008 siehe BGH NJW 2008, 2837, 2838.

<sup>7</sup> BGH NJW 2008, 2837, 2838 f.

<sup>8</sup> Siehe zur grundsätzlichen Funktionsweise des § 439 Abs. 3 etwa Faust, in: BeckOK-BGB, 42. Ed. 1. 2. 2017, § 439 Rn. 38 ff. m. w. N.

<sup>9</sup> Näher Westermann, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, § 440 Rn. 5 f.

<sup>10</sup> EuGH, Urteil v. 16. 6. 2011 – C-65/09 und C-87/09 – Weber und Putz, Slg 2011, I-5257 = JZ 2011, 1000 (dazu D. Kaiser JZ 2011, 978) = NJW 2011, 2269.

<sup>11</sup> RiL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. (EG) Nr. L 171/12 vom 7. 7. 1999.

<sup>12</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 43–62.

\* Der Autor ist Professor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Affiliated Research Fellow am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München.

<sup>1</sup> Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28. April 2017, BGBl. 2017 I, S. 969. Das Gesetz tritt nach seinem Artikel 10 zum größten – und zum hier interessierenden – Teil am 1. Januar 2018 in Kraft.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 1.

<sup>3</sup> Überblick hierzu bei Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Jerger ZRP 2015, 237; dies. ZRP 2016, 76.

<sup>4</sup> Siehe aus der Fülle der Literatur etwa Lorenz NJW 2011, 2241; ders. NJW 2013, 207; Unberath/Cziupka JZ 2009, 313; Weber ZGS 2011, 539; Rodemann/Schwenker ZfBR 2011, 634; Jaensch NJW 2012, 1025; Weller NJW 2012, 2312; D. Kaiser JZ 2013, 346; Witt NJW 2014, 2156.

<sup>5</sup> Aus der Rspr. sind als Beispiele vertraut Parkettstäbe (BGH NJW 2008, 2837), Fliesen (BGH JZ 2009, 310 [mit Anm. Unberath/Cziupka] = NJW 2009, 1660; EuGH JZ 2011, 1000 = NJW 2011, 2269) oder auch Spül-

Zudem verneinte das Gericht ein Recht des Verkäufers, beide Arten der Nacherfüllung (also nicht nur die aufwändigere der beiden) wegen Unverhältnismäßigkeit der damit verbundenen Kosten zu verweigern.<sup>13</sup> Was das Gericht aber gestattet, ist eine Beschränkung des Aus- und Wiedereinbauanspruchs (nicht des Ersatzlieferungsanspruchs als solchem!) auf die Zahlung eines „angemessenen“ Betrages durch den Verkäufer, wobei sich die Angemessenheit nach dem Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand sowie der Bedeutung der Vertragswidrigkeit beurteilt.<sup>14</sup> Konsequenz einer solchen Beschränkung ist es, dass der Käufer, wenn er die Nacherfüllung dennoch durchführen will, einen Teil der Aus- und Wiedereinbaukosten selbst tragen muss.<sup>15</sup> Möchte er dies nicht, ist ihm die Gelegenheit zu geben, statt einer Nacherfüllung den Kaufpreis zu mindern oder den Vertrag rückabzuwickeln.<sup>16</sup>

Der BGH sah sich nunmehr der Herausforderung gegenüber, diese weitreichenden Vorgaben des EuGH in das Gefüge des deutschen Kaufgewährleistungsrechts einzubinden. Er entschied sich dafür, deren Reichweite mittels einer „gespaltenen Auslegung“<sup>17</sup> auf den Verbrauchsgüterkauf (B2C) zu beschränken, weil nur dieser im Geltungsbereich der gleichnamigen Richtlinie liegt.<sup>18</sup> Für diesen Geschäftstypus wählte er – unter hohem Begründungsaufwand – den dogmatischen Weg einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB sowie einer teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB in richtlinienkonformer Rechtsfortbildung.<sup>19</sup> Allein schon weil dem Wortlaut des BGB damit von höchstrichterlicher Seite teilweise Europarechtswidrigkeit bescheinigt war, musste sich der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert fühlen. Er stand dabei insbesondere auch vor der Entscheidung, die europarechtlichen Vorgaben in ihrer problematischen, weil übermäßig käuferfreundlichen Deutung durch den EuGH auf den geringstmöglichen Anwendungsbereich einzuhegen, dabei aber auch den Preis einer verstärkten Zweispurigkeit des Kaufgewährleistungsrechts zu zahlen, oder umgekehrt auf die Einheit der Regelungen für Verbrauchsgüterkauf und unternehmerischen Rechtsverkehr hinzuwirken, auch wenn dabei Fragwürdigkeiten einen größeren Geltungsbereich erhalten.<sup>20</sup> Entgegen teils getroffener Einschätzung<sup>21</sup> hat sich der Gesetzgeber, wie sogleich zu zeigen sein wird, für eine differenzierende Handhabung in Gestalt einer Teilerstreckung auf den unternehmerischen Bereich entschieden.

## II. Die neue Regelungsstruktur

### 1. Aufwendungsersatz für Aus- und Wiedereinbau, § 439 Abs. 3 n.F. BGB

Konzentriert man sich auf die hier besonders interessierenden Bestimmungen des Gesetzes, fällt der Blick zunächst auf § 439 Abs. 3 Satz 1 n.F. BGB, der dem Verkäufer – sofern ein

Einbau in oder ein „Anbringen“<sup>22</sup> an eine andere Sache der „Art“ und dem „Verwendungszweck“ der Kaufsache entsprach – die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau der mangelhaften Sache unabhängig davon auferlegt, ob der Käufer Verbraucher oder Unternehmer ist. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Nacherfüllung durch Nachbesserung oder Nachlieferung erbracht wird.<sup>23</sup>

Der Verkäufer schuldet Aus- und Wiedereinbau allerdings nicht in natura, sondern nur in Gestalt des Aufwendungsersatzes für diese Maßnahmen. In diesem Punkt hat die neue Norm im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eine wichtige Änderung erfahren: Ursprünglich (§ 439 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 n.F. BGB-E) war nämlich ein Wahlrecht des Verkäufers vorgesehen, ob er statt der Leistung von Aufwendungsersatz den Aus- und Wiedereinbau in natura selbst vornimmt. Damit wäre § 439 Abs. 1 BGB teils konterkariert worden, der dem Käufer das Wahlrecht über die Art der Nacherfüllung einräumt. Ein Wahlrecht des Sachschuldners ist an sich ein Charakteristikum des Werkgewährleistungsrechts.<sup>24</sup> Die Regierungsbegründung hielt sie hier deswegen auch im Kaufgewährleistungsrecht für sachgerecht, weil der Verkäufer unter Umständen den Aus- und Wiedereinbau kostengünstiger durchführen (lassen) kann als der Käufer und hierzu dann auch die Möglichkeit erhalten sollte.<sup>25</sup> Die Wahlrechte des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB und des Verkäufers nach § 439 Abs. 3 Satz 1 n.F. BGB-E hätten dadurch in komplexer Weise ineinander greifen können, wenn nämlich beispielsweise der Käufer Nachbesserung gewählt und sich der Verkäufer darauf entschieden hätte, zwar die Nachbesserung selbst zu erbringen, für den Aus- und Wiedereinbau aber nur Aufwendungsersatz zu leisten. Jedenfalls durch den Wortlaut des § 439 Abs. 3 Satz 1 n.F. BGB-E wäre er hieran nicht gehindert gewesen, weil dieser Wortlaut eindeutig nur von einem Wahlrecht in Ansehung des Aus- und Wiedereinbaus sprach, ohne hieran eine gleichlaufende Wahl hinsichtlich der eigentlichen Nacherfüllungsmaßnahme zu koppeln. Überlegungen zur Kollision mehrerer Vertragsverhältnisse waren es, die den Rechtsausschuss dazu brachten, die Variante der Naturalerfüllung durch den Verkäufer wieder zu streichen und nur noch Aufwendungsersatz vorzusehen: Es könne ansonsten zu Konflikten zwischen den Hauptleistungspflichten aus einem Werkvertrag und Kaufgewährleistungspflichten andererseits kommen, wenn nämlich „der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten verbaut“ hat.<sup>26</sup> „In diesen Fällen würde ein Verkäufer, der den Aus- und Einbau selbst vornehmen möchte, zugleich auch in ein fremdes Vertragsverhältnis eingreifen. Ein Recht des Verkäufers, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen, ist auch nicht im Interesse einer Kostenbegrenzung erforderlich. Der Verkäufer wird insoweit hinreichend dadurch geschützt, dass der Käufer nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann“, eine Konkretisierung können

<sup>13</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 63–72.

<sup>14</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 73–76, insbes. Rn. 74.

<sup>15</sup> So ausdrücklich auch EuGH (Fn. 10), Rn. 77.

<sup>16</sup> EuGH (Fn. 10), Rn. 77.

<sup>17</sup> Graf von Westphalen BB 2015, 2883, 2883 f.

<sup>18</sup> BGH NJW 2013, 220 Rd. 17 ff. m. w. N. zum Diskussionsstand.

<sup>19</sup> BGH JZ 2012, 468 (mit Anm. Höpfner) = NJW 2012, 1073. Zur Bewertung dieses dogmatischen Ansatzes etwa Lorenz NJW 2013, 207, 207 f.; Faust JuS 2012, 456; Jaensch NJW 2012, 1025.

<sup>20</sup> Vgl. auch Dauner-Lieb NZBau 2015, 684, 685.

<sup>21</sup> Dauner-Lieb NZBau 2015, 684, 685.

<sup>22</sup> Die Variante des Anbringens wurde erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens als Folge der Ausschussberatungen eingefügt, um klarzustellen, dass alle Konstellationen erfasst sein sollen, in denen die Kaufsache „in vergleichbarer Weise ihrer Art und ihrem Verwendungszweck gemäß mit einer anderen Sache verbunden“ wurde; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, S. 46.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 39.

<sup>24</sup> Siehe § 635 Abs. 1 BGB. Zum Normzweck Voith, in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 635 Rn. 7 m. w. N.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 39.

<sup>26</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, S. 46.

hierbei aus Sicht des Ausschusses die zum Selbstvornahmerecht nach § 637 BGB entwickelten Grundsätze liefern.<sup>27</sup>

Diese Sichtweise ist sehr stark von dem bauvertraglichen Kontext geprägt, in dem zwar das Änderungsgesetz steht, nicht aber der gesamte Anwendungsbereich des § 439 BGB. Denn § 439 Abs. 3 n. F. BGB erfasst ja auch Kaufverträge, die weder etwas mit dem Baugewerbe zu tun haben noch zu einer Struktur mehrerer, hintereinander geschalteter Verträge gehören. Zumindest hätte man sich daher etwas tiefer gehende Ausführungen dazu gewünscht, warum der Wegfall der Naturalleistungsoption auch für Sachverhalte angemessen ist, in denen beispielsweise ein Heimwerker Dämmmaterial verbaut, das dann wegen Mangelhaftigkeit ausgetauscht werden muss. Kann es hier nicht tatsächlich unter Umständen ressourcenschonender sein, wenn der Verkäufer Aus- und Wiedereinbau selbst, beispielsweise durch seine Servicemitarbeiter, vornimmt? Ein nach dem Vorbild von § 637 BGB interpretiertes Kriterium der „Erforderlichkeit“ hilft nur begrenzt. Denn es besagt, dass alle Aufwendungen getätigt werden dürfen, derer der (Dritt-)Unternehmer für eine sichere Mängelbeseitigung bedarf.<sup>28</sup> Sind solche Aufwendungen umfangreicher als dasjenige, was – auf § 439 BGB übertragen – der Verkäufer für einen Aus- und Wiedereinbau aufwenden müsste, bleiben sie dennoch „erforderlich“. Hinzu kommt, dass sich nach der Rechtsprechung zu § 637 BGB ein Besteller ohne konkreten Anlass nicht über Alternativen zu der vom Drittunternehmer vorgeschlagenen Mängelbeseitigung informieren muss und hieraus entstehende, unnötig hohe Kosten der Unternehmer (in unserem Kontext also der Verkäufer) zu tragen haben soll.<sup>29</sup> Hätte man dem Verkäufer selbst die Möglichkeit zur Durchführung von Aus- und Wiedereinbau gegeben, wären solche unnötigen Kosten möglicherweise nie entstanden, weil das Interesse zur Kostenvermeidung beim Verkäufer tendenziell größer ist als bei einem – für seine Kosten kompensierten – Drittunternehmer. Ferner soll es für die Erforderlichkeit i. S. des § 637 BGB belanglos sein, ob die Aufwendungen den Nacherfüllungserfolg bewirkt haben.<sup>30</sup> Eine Pflicht zum Aufwendungsersatz kann also selbst dann bestehen, wenn gar kein erfolgreicher Aus- und Wiedereinbau durchgeführt wurde.

Neben die Zweifel an der Effektivität des Erforderlichkeitskriteriums tritt die Frage, ob es für B2C-Sachverhalte europarechtskonform ist, dass der Verbraucher-Käufer stets Aufwendungsersatz erhält, obgleich der *EuGH* ja formuliert hat, dass „der Verkäufer verpflichtet ist, *entweder selbst* den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, *oder die Kosten zu tragen*, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind“.<sup>31</sup> Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährt also aus Sicht des Gerichts Naturalleistung und Aufwendungsersatz als zwei alternative Optionen, während der deutsche Gesetzgeber nunmehr auch dem Verbraucher-Käufer eine dieser beiden Optionen durch die zwingende Anordnung des Aufwendungsersatzes vorenthält. Allerdings kann man, zur Verteidigung der jetzt getroffenen Regelung, das Argument vorbringen, sie stelle gegenüber dem Regierungsentwurf (Wahlrecht

des Verkäufers) und möglicherweise auch gegenüber der Konzeption des *EuGH* eine Besserstellung des Verbrauchers, also eine zulässige Überumsetzung<sup>32</sup> der Verbrauchsgüterkauf-RiL dar. Für die Konstellationen, die der Rechtsausschuss vor Augen hatte, kann in der Tat ein Konflikt zwischen Werkvertrags- und Kaufvertragspflichten auftreten. Allerdings leuchtet es dem Leser gerade für die vom Ausschuss beschriebene Beispielkonstellation nicht ganz ein, weswegen nur in Bezug auf den Kaufvertrag „Gewährleistungsrechte“ involviert sein sollen, im Hinblick auf den Werkvertrag hingegen „Hauptleistungspflichten“, also offenbar eine werkvertragliche Primärpflicht auf Einbau der Sache. Denn wenn, wie beschrieben, die Sache i. R. des Werkvertrags bereits eingebaut wurde und sich erst danach ihre Mangelhaftigkeit erweist, ist ein werkvertraglich geschuldeter Aus- und Wiedereinbau ja ebenfalls gewährleistungsrechtlicher Natur.

Wie dem auch sei, hatte jedenfalls der Regierungsentwurf bereits gewisse Vorkehrungen für derartige Konstellationen getroffen: In zwei Fällen nahm § 439 Abs. 3 Satz 2 n. F. BGB-E dem Verkäufer das Wahlrecht und beschränkte ihn auf den Aufwendungsersatz, nämlich wenn einem Aus- und Wiedereinbau ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegenstanden (§ 439 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1 n. F. BGB-E) sowie wenn der Verkäufer sein Wahlrecht nicht binnen angemessener Frist zugunsten der Durchführung in natura ausgeübt hätte (§ 439 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 2 n. F. BGB-E). Für ein berechtigtes Interesse sollte es dabei – unter gleichzeitiger Betonung der Einzelfallabhängigkeit des Kriteriums – sprechen, wenn für den Aus- und Einbau besondere Fachkunde erforderlich ist, die (so wird man die Gesetzesbegründung ergänzen müssen) der Verkäufer nicht aufweist, oder wenn der Käufer die Sache seinerseits bei einem Dritten eingebaut hat und dieser Dritte dem Käufer hinsichtlich Einbaumaßnahmen besonderes Vertrauen entgegenbringt.<sup>33</sup> Darüber, ob das Kriterium des „besonderen Vertrauens“ eine praktikable Methode gewesen wäre, um Konflikte zwischen der Aus- und Wiedereinbaupflicht des Verkäufers und einer gleichgerichteten, werkvertraglichen Pflicht des Käufers aus dessen Vertrag mit einem Besteller zu vermeiden, kann man geteilter Meinung sein. Die jetzige Lösung bringt für den spezifischen Kontext, den der Rechtsausschuss vor Augen hatte, größere Rechtssicherheit und dem Besteller mehr Schutz vor einer Einmischung des Verkäufers in sein Vertragsverhältnis mit dem Werkunternehmer/Käufer. Mit ihr geht aber auch große Rigidität für alle sonstigen Aus- und Wiedereinbausituationen einher, die manchem Einzelfall vermutlich nicht gerecht wird. Zumindest sollten die Parteien die Möglichkeit haben und auch nutzen, einen Aus- und Wiedereinbau in natura vertraglich zu vereinbaren, wo er sinnvoll erscheint. Da der Gesetzgeber vor allem eine klauselmäßige *Einschränkung* der Pflichten im Zusammenhang mit Aus- und Wiedereinbau als problematisch erachtet (dazu noch unten V.), stellt sich die Frage, ob er für eine *Ausweitung* in Gestalt einer Naturalerfüllungsoption nicht aufgeschlossener sein müsste.

<sup>27</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, S. 46.

<sup>28</sup> Voith, in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 637 Rn. 9 m. w. N.

<sup>29</sup> OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 918.

<sup>30</sup> BGH NJW-RR 1989, 86, 88; Rast, in: BeckOGK-BGB, Stand 1.2.2017, § 637 Rn. 114 m. w. N.

<sup>31</sup> *EuGH* (Fn. 10), Rn. 62, Hervorhebungen durch den hiesigen Verfasser.

<sup>32</sup> Siehe hierzu statt aller Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. Erg.-lfg. 2016, Art. 288 Rn. 131; Lorenz, in: MünchKommBGB (Fn. 9), Vor § 474 Rn. 27.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 40. Hingegen sollte es nicht genügen, wenn der Käufer mit dem Dritten vereinbart hat, dass Einbaumaßnahmen durch den Käufer persönlich erfolgen müssen. Mit diesem Caveat traf der Gesetzgeber das Richtige, weil der Käufer ansonsten durch Aufnahme einer Höchstpersönlichkeitsklausel in seinen Vertrag mit dem Dritten die Nacherfüllungsschuld des Verkäufers auf einen Aufwandsersatz für den Aus- und Wiedereinbau hin hätte manipulieren können.

## 2. Gewährleistungsausschlüsse und Lieferantenregress, § 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. und §§ 445a, 445b n.F. BGB

Während die bloßen „Umnummerierungen“ der §§ 439 Abs. 4, Abs. 5 n.F., 440 Satz 1 n.F. BGB keine inhaltlichen Änderungen mit sich bringen, lässt sich dies von § 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB durchaus sagen, weil die Vorschrift den Gewährleistungsausschluss des § 442 Abs. 1 BGB auf Fälle der Bösgläubigkeit im Zeitpunkt des Einbaus erweitert, wozu sogleich näher Stellung zu nehmen sein wird.

Die neue, allerdings aus dem bisherigen § 478 Abs. 2 BGB fortentwickelte,<sup>34</sup> Vorschrift des § 445a n.F. BGB führt die Wertung von § 439 Abs. 3 n.F. BGB in das Verhältnis des Verkäufers zu dem Lieferanten fort, von dem der Verkäufer die mangelhafte Sache seinerseits bezogen hat. War nämlich die Sache bereits beim Gefahrübergang vom Lieferanten auf den Verkäufer mangelhaft, so kann der Verkäufer vom Lieferanten den Ersatz von Aus- und Wiedereinbauaufwendungen verlangen, die er gemäß § 439 Abs. 3 n.F. BGB gegenüber dem Käufer zu tragen hatte.<sup>35</sup> Hiermit wird – ein Zentralelement der gesetzlichen Neuordnung – die Regresslücke geschlossen, welche nach gegenwärtigem Recht einem einbauenden Letztverkäufer droht, der infolge der Rechtsprechung des *EuGH* die Aus- und Wiedereinbauaufwendungen tragen muss, ohne dass sein Lieferant hierzu gleichfalls verpflichtet wäre, weil der Lieferant erstens von der „gespaltenen Auslegung“ des *BGH* profitiert und zweitens – mangels Vertretenmüssen der mangelhaften Leistung – auch nicht zwangsläufig unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes haftet.<sup>36</sup> § 445a Abs. 1 n.F. BGB beschränkt die Rückgriffsmöglichkeit des Verkäufers indes nicht auf den Umfang der Aus- und Wiedereinbaupflicht gegenüber dem Käufer, sondern bezieht ausdrücklich auch Aufwendungen i.S. von §§ 439 Abs. 2, 475 Abs. 4 n.F., Abs. 6 n.F. BGB ein, also sonstige Aufwendungen für die Nacherfüllung (§ 439 Abs. 2 BGB), ferner bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs Leistungen zur anteiligen Kostentragung bei unverhältnismäßigem Nacherfüllungsaufwand (§ 475 Abs. 4 n.F. BGB) sowie Vorschüsse, die der Verkäufer für Aufwendungen i.S. von § 439 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 n.F. erbringen muss (§ 475 Abs. 6 n.F. BGB). § 445a Abs. 2 n.F. BGB erklärt eine Fristsetzung des Verkäufers gegenüber dem Lieferanten bei der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten im Sinne des § 437 BGB für entbehrlich,<sup>37</sup> sofern vom Verkäufer gegenüber dem Käufer Gewährleistung bereits in irreversibler Weise, nämlich durch Rücknahme der Kaufsache oder Minderung, erbracht wurde. § 445a Abs. 3 n.F. BGB erstreckt die Rückgriffsmöglichkeit auf alle Glieder einer mehrstufigen Absatzkette, so dass also auch der Lieferant des Verkäufers bei seinem Lieferanten Ersatz für Leistungen verlangen kann, die er nach § 445a Abs. 1 n.F. BGB erbringen musste. Zumindest als klarstellende Ergänzung zu § 445a Abs. 1 n.F. BGB ist diese Regelung sinnvoll, weil der Lieferant des Verkäufers streng genommen keinen „Ersatz der Aufwendungen verlang[t], die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Abs. 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte“,

sondern Ersatz für den Aufwendungsersatz gegenüber dem Verkäufer nach § 445a Abs. 1 n.F. BGB. § 445a Abs. 4 n.F. BGB schließlich behält die Anwendung des § 377 HGB vor, so dass eine Verletzung der dort niedergelegten Rügeobliegenheit weiterhin zu einem Gewährleistungsverlust – und damit auch zu einem Verlust der Rückgriffsmöglichkeit nach § 445a n.F. BGB – führen kann.<sup>38</sup> § 445b n.F. BGB flankiert § 445a n.F. BGB durch eine am derzeitigen § 479 BGB orientierte<sup>39</sup> Verjährungsregelung, die insbesondere auch eine Ablaufhemmung enthält, wie sie schon aus dem heutigen § 479 Abs. 2 BGB vertraut ist.

## 3. Haftungsbegrenzung bei unverhältnismäßigem Nacherfüllungsaufwand, § 475 n.F. BGB

§ 475 n.F. BGB hat nicht nur wesentliche Bestandteile des bisherigen, nunmehr entschlackten, § 474 BGB in sich aufgenommen,<sup>40</sup> sondern er enthält mit § 475 Abs. 4, Abs. 6 n.F. BGB auch zwei neue, für den hier untersuchten Kontext relevante Regelungen. § 474 Abs. 4 n.F. BGB kodifiziert den zweiten – im Vergleich zur Aus- und Wiedereinbaupflichtung nicht weniger bedeutsamen – Teil der eingangs skizzierten *EuGH*-Nacherfüllungsrechtsprechung. Denn die Vorschrift bestimmt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung nicht komplett verweigern (§ 475 Abs. 4 Satz 1 n.F. BGB), sich aber bei unverhältnismäßigem Nacherfüllungsaufwand auf eine Teiltragung der Nacherfüllungsaufwendungen zurückziehen kann (§ 475 Abs. 4 Sätze 2, 3 n.F. BGB). Die Implikationen dieser gesetzgeberischen Entscheidung werden nachstehend noch den Gegenstand näherer Analyse bilden, hier sei nur festgehalten, dass sie, schon kraft systematischer Stellung, auf den B2C-Bereich beschränkt ist.

Für den unternehmerischen Verkehr oder den Verkehr zwischen zwei Privaten hat der Gesetzgeber also gerade keine Überumsetzung der *EuGH*-Rechtsprechung vorgenommen, sondern es bei der Möglichkeit einer vollständigen Nacherfüllungsverweigerung belassen. Während diese Limitierung des Anwendungsbereichs von § 475 Abs. 4 n.F. BGB zu begrüßen ist, weil sie – in einem Wort gesagt – ineffizient aufwändigen Nacherfüllungsunternehmungen entgegenwirkt, hätte man bei § 475 Abs. 6 n.F. BGB auch eine Erstreckung auf den B2B- und C2C-Bereich erwägen können. Denn in Fällen des Aufwendungsersatzes nach § 439 Abs. 3 n.F. BGB mag es auch hier vorkommen, dass der Käufer im Zuge der Nacherfüllung Aufwendungen tätigt, die eigentlich der Verkäufer zu tragen hat. Ein Vorschussanspruch, wie ihn § 475 Abs. 6 n.F. BGB im Anschluss an die Rechtsprechung des *BGH*<sup>41</sup> vorsieht, wäre dann dem Käufer sicherlich willkommen. Andererseits ist zu bedenken, dass das – in typisierender Betrachtungsweise – zwischen einem Unternehmer-Verkäufer und einem Verbraucher-Käufer bestehende Liquiditätsgefälle nicht in gleichem Maße anzutreffen ist, wenn entweder auch der Verkäufer ein Verbraucher oder auch der Käufer ein Unternehmer ist. Zudem kann gerade die von § 475 Abs. 4 Sätze 2, 3 n.F. BGB nur für den Verbrauchsgüterkauf prädestinierte Situation, in der die Nacherfüllung mit besonders hohen Kosten verbunden ist, von denen aber der Verkäufer nur einen Teil übernimmt, für den Käufer mit starken Kostenbelastungen verbunden sein. In der Summe dieser Gesichtspunkte mag es also tatsächlich so sein, dass der Bedarf nach einem verkäuferseitigen Vorschuss für

<sup>34</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 41.

<sup>35</sup> Zum Wegfall des Rückgriffsanspruchs, wenn wegen Einwendungen oder aus einem sonstigen Grund keine Nacherfüllungspflicht des Regressgläubigers bestand, BT-Drucks. 18/8486, S. 41 f.

<sup>36</sup> *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2884; *Dauner-Lieb* NZBau 2015, 684, 685.

<sup>37</sup> Zur Orientierung der Vorschrift an § 478 Abs. 1 BGB BT-Drucks. 18/8486, S. 42.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 42.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 42.

<sup>40</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 43.

<sup>41</sup> *BGH* NJW 2011, 2278, Rn. 37.

den B2C-Bereich besonders hoch ist und hierin ein tragender Grund für die Beschränkung des Vorschussanspruchs auf diesen Bereich liegt.

#### 4. Klauselverbot, § 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB

Die *tour d'horizon* schließt mit § 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB, was zwar der Nummerierungsfolge der hier interessierenden Normen widerspricht, aus ihrer inneren Logik aber insofern resultiert, als § 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB die vom Gesetz zuvor getroffene Verteilung der Nacherfüllungslasten gegen Ausschluss oder Modifikation durch AGB auch insoweit absichert, als es sich um Aus- und Wiedereinbauaufwendungen i. S. von § 439 Abs. 3 n.F. BGB handelt. Zusammen mit einigen anderen Einzelgesichtspunkten der Neuregelung soll diese Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit nunmehr einer näheren Analyse unterzogen werden.

### III. Verweigerungsrecht und Kostentragung, § 475 Abs. 4 n.F. BGB

Der erste Teil dieser Analyse gilt § 475 Abs. 4 n.F. BGB. In wirtschaftlicher Hinsicht zeichnet die Vorschrift zunächst die Rechtsprechungslinie von *EuGH* und *BGH* nach. Aus ihrer systematischen Stellung im Untertitel über Verbrauchsgüterkäufe darf man im Umkehrschluss, und bekräftigt durch eine aktuelle gesetzgeberische Entscheidung, folgern, dass im B2B- und C2C-Bereich ein Recht zur Verweigerung beider Nacherfüllungsformen wegen Unverhältnismäßigkeit (weiterhin) besteht (§ 439 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 n.F. BGB), ohne dass sich aus einer solchen vollständigen Nacherfüllungsverweigerung eine Pflicht des Verkäufers zur Kostentragung bis zur Unverhältnismäßigkeitsschwelle ergäbe. Vielmehr ist der Käufer dann nach wie vor auf die sekundären Mängelgewährleistungsrechte verwiesen, von denen er gemäß § 440 Satz 1 BGB ohne vorherige Fristsetzung Gebrauch machen darf.

§ 475 Abs. 4 n.F. BGB trifft gegenüber dem bisherigen Diskussionsstand in Bezug auf B2C-Fälle aber auch eine wichtige Neuerung: Der *EuGH* hatte in seiner *Weber/Putz*-Entscheidung den Mechanismus einer bloßen Zuzahlung durch den Verkäufer auf solche Fälle beschränkt, in denen unverhältnismäßige Nacherfüllungskosten gerade (nur) durch den Aus- und Wiedereinbau entstehen,<sup>42</sup> und der *BGH* hatte in seiner Folgerechtsprechung ebenfalls auf solche Konstellationen fokussiert.<sup>43</sup> Ganz bewusst<sup>44</sup> geht der Gesetzgeber über diese Limitierung nun aber hinweg: Der Wortlaut des § 475 Abs. 4 n.F. BGB lässt keinen Zweifel daran, dass ein Verweigerungsrecht „wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 oder Absatz 3 Satz 1“ bestehen kann, also auch dann, wenn andere als Aus- und Wiedereinbauaufwendungen zum Überschreiten der Unverhältnismäßigkeitsschwelle führen. Hiermit hat der Gesetzgeber eine gute Entscheidung getroffen, denn der Schutz des Verkäufers und das Bemühen um einen effizienten Umgang mit Gewährleistungsfällen gebieten eine Limitierung der für eine Nacherfüllung aufzuwendenden Ressourcen unabhängig davon, welche Sachverhaltsumstände deren übermäßigen Einsatz erforderlich machen würden. Es bleibt zu hoffen, dass der *EuGH* die gegenüber seinen Rechtspre-

chungsvorgaben weiter reichende Einschränkung der Nacherfüllungslast des Verkäufers nicht zum Anlass nimmt, die Europarechtskonformität der neuen Regelung in Frage zu stellen.

Allerdings wirft selbst der weit gefasste Gesetzeswortlaut des § 475 Abs. 4 n.F. BGB die Frage auf, ob es auch andere Aufwendungen als solche „nach § 439 Absatz 2 oder Absatz 3 Satz 1“ n.F. BGB geben kann, die zu einem unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwand führen, wegen derer dann aber *kein* Verweigerungsrecht mit Kostentragungsfolge besteht. Der Wortlautunterschied in § 475 Abs. 4 Satz 1 n.F. BGB („Unverhältnismäßigkeit der Kosten“) und § 475 Abs. 4 Satz 2 n.F. BGB („Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 oder Absatz 3 Satz 1“) könnte eine bejahende Antwort nahelegen, weil er suggeriert, dass es auch „Kosten“ der Nacherfüllung gibt, bei denen es sich nicht um „Aufwendungen“ nach § 439 Abs. 2 und 3 n.F. BGB handelt. Die soeben benannten Wertungen des Verkäuferschutzes und der wirtschaftlichen Vernunft drängen indes dazu, die Frage dahingehend zu entscheiden, dass *jeder* unverhältnismäßige Nacherfüllungsaufwand dem Verkäufer ein Verweigerungsrecht verleiht, allerdings um den Preis einer anteiligen Aufwands- tragung. Da § 439 Abs. 3 n.F. BGB recht spezifisch den Aus- und Wiedereinbauaufwand adressiert, kann nur eine weite und flexible Interpretation der Formel „zum Zwecke der Nacherfüllung erforderliche[n] Aufwendungen“ in § 439 Abs. 2 BGB die Stellschraube bieten, um dieses Ergebnis im Gesetz abzusichern.

Noch nicht entschieden ist mit dem bisher Gesagten, wo der Käufer die Anspruchsgrundlage findet, mit der er vom verweigernden Verkäufer den anteiligen Aufwandsersatz verlangen kann. § 475 Abs. 4 Satz 2 n.F. BGB wäre hierfür ein Kandidat. Jedoch deutet der Wortlaut „kann der Unternehmer den Aufwandsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken“ eher auf eine Einrede des Verkäufers hin. Als eine solche dürfte § 475 Abs. 4 Satz 2 n.F. BGB, nach dem Vorbild des bisherigen § 439 Abs. 3 BGB,<sup>45</sup> auch tatsächlich einzuordnen sein.<sup>46</sup> Spricht die Vorschrift hierbei vom Recht des Verkäufers, „den Aufwandsersatz“ zu beschränken, kann hierin zugleich eine Referenz auf § 439 Abs. 2 BGB gesehen werden, der die allgemeine Pflicht des Verkäufers zur Tragung des Nacherfüllungsaufwands kodifiziert und schon bisher – angeführt durch den *BGH*<sup>47</sup> – überwiegend<sup>48</sup> als Anspruchsgrundlage für Fälle interpretiert wird, in denen der Käufer vom Verkäufer nicht Durchführung der Nacherfüllung in natura verlangt, sondern Erstattung der Kosten für eine anderweit stattgehabte Nacherfüllung. Auch ein nach § 475 Abs. 4 Satz 2 n.F. BGB gekappter Aufwandsersatzanspruch lässt sich also am überzeugendsten auf § 439 Abs. 2 BGB i.V. mit § 475 Abs. 4 Satz 2 BGB stützen, sofern es nicht um Aufwendungen für Aus- und Wiedereinbau geht. Soweit der teilweise Aufwandsersatz hingegen Aus- und Wiedereinbaukosten betrifft, tritt § 439 Abs. 3 n.F. BGB an die Stelle des § 439 Abs. 2 BGB. Denn ausweislich des Wortlauts „verpflichtet [...] zu ersetzen“ spezifiziert § 439 Abs. 3 n.F. BGB nicht etwa nur den Aufwandsersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB, sondern

<sup>42</sup> *EuGH* NJW 2011, 2269 Rn. 74.

<sup>43</sup> *BGH* NJW 2012, 1073.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 43 f.

<sup>45</sup> Zum Einredecharakter des § 439 Abs. 3 BGB *Höpfner*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 30), § 439 Rn. 155 ff. mit umfangreichen w. N.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 44.

<sup>47</sup> Jüngst *BGH* NJW 2014, 2351 Rn. 15; aus der Lit. etwa *Grunewald*, in: *Erman*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 439 Rn. 8; *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2014, § 439 Rn. 88.

<sup>48</sup> Kritisch aber etwa *Lorenz* NJW 2014, 2319, 2321; *Westermann*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), § 439 Rn. 16.



enthält einen eigenständigen Verhaltensbefehl an den Verkäufer und damit auch eine eigenständige, in „Kappungsfällen“ indes in Verbindung mit § 475 Abs. 4 Satz 2 n.F. BGB anzuwendende Anspruchsgrundlage für den Käufer.

In Bezug auf die Bestimmung des „angemessenen“ Betrages, den der Verkäufer gemäß § 475 Abs. 4 n.F. BGB zu leisten hat, betont die Gesetzesbegründung zu Recht die Einzelfallabhängigkeit dieser Operation. Hieran ändern auch die Vorgaben des *EuGH* nichts, der eine Orientierung am Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand, an der Bedeutung des Mangels sowie am verbraucherschützenden Zweck der Verbrauchsgüterkauf-RiL fordert.<sup>49</sup> Erste Konkretisierungen durch den *BGH* liegen bereits vor, auch wenn das Gericht bemüht ist, diese nicht als allgemeingültige Regeln erscheinen zu lassen.<sup>50</sup> Nimmt der *BGH* in der besagten Entscheidung eine deutliche Begrenzung des Ersatzanspruchs auf die Hälfte des Wertes der mangelfreien Sache deswegen vor, weil sich der Mangel nur ästhetisch, nicht aber funktionsbeeinträchtigend auswirkt,<sup>51</sup> kann das von der Sache her überzeugen. Früher oder später wird aber die Frage zumindest zu diskutieren sein, ob nicht aus der starken Betonung des Verbraucherschutzaspekts durch den *EuGH* die europarechtliche Vorgabe folgt, dass der Verkäufer stets bis zu derjenigen Schwelle Aufwendungsersatz zu leisten hat, an der die Unverhältnismäßigkeit des Nacherfüllungsaufwandes beginnt, weil eben diese Schwelle die ihm zuzumutende Belastung markiert.

#### IV. Ausschluss wegen Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers, §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB

##### 1. Normzweck

Die Grundlogik der Anordnung in §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB leuchtet ein: Der Käufer soll, wenn er den Bedarf nach einem Austausch der Kaufsache bereits absehen kann, den Aufwand für diesen Austausch nicht noch erhöhen, indem er die Sache einbaut und damit ihren Aus- und Wiedereinbau überhaupt erst erforderlich macht. Zugleich geben die Vorschriften damit ebenfalls einen Teil der Antwort auf die Frage, wie die Kosten einer Nacherfüllung in Ausbaurufen zuzuweisen sind. Es hat sie nämlich der Käufer dann zu tragen, wenn er infolge seiner Kenntnis(möglichkeit) nicht schutzwürdig<sup>52</sup> ist. Europarechtliche Probleme sind durch diese Beschränkung der Aus- und Wiedereinbauverpflichtung nicht zu befürchten, weil schon der *EuGH* selbst einen „gutgläubigen“ Einbau zur Bedingung gemacht hat.<sup>53</sup>

##### 2. Anfängliche und nachträgliche Verhaltensanforderungen aus § 442 BGB

In Einbaurufen gilt § 442 BGB künftig gewissermaßen doppelt, nämlich einmal bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und einmal – kraft Verweisung in § 439 Abs. 3

Satz 2 n.F. BGB – bezogen auf den Zeitpunkt des Einbaus der Sache. Hieraus resultiert eine zweistufige Verhaltens- und Sanktionsvorgabe für den Käufer, sofern der Verkäufer nicht arglistig ist oder eine Garantie gegeben hat: Ist der Käufer bei Vertragsschluss bösgläubig, muss er unverzüglich reagieren, etwa durch Vertragsanpassung oder Unterlassen des Geschäfts, weil er ansonsten seine Gewährleistungsrechte weitestgehend verliert.<sup>54</sup> Wird er zwischen Vertragsschluss und in Aussicht genommenem Einbau bösgläubig, soll er nicht den Einbau vornehmen (lassen), sondern zuerst Nacherfüllung verlangen<sup>55</sup> und nach erfolgreicher Mangelbehebung einbauen oder nach fehlgeschlagener Nacherfüllung sekundäre Gewährleistungsrechte geltend machen. Dies mag eine Tendenz des Käufers begünstigen, künftig den Einbau im Zweifel zurückzustellen und selbst kleinste Mängel vorgängig beheben zu lassen. Sofern hierdurch Aus- und Wiedereinbauaufwendungen vermieden werden, ist eine solche Grundhaltung begrüßenswert. Es sind allerdings auch Fehleffekte denkbar, etwa wenn sich der Mangel auch ohne Ausbau beheben ließe und der Nichteinbau zu einem Nutzungsausfallschaden des Käufers führt.

An dieser Überlegung wird zugleich deutlich, dass sich nun ein zweites Mal im Zeitablauf eines Einbaurufes die schon bisher für den originären Anwendungsbereich von § 442 BGB erörterte Frage stellt, wann den Käufer eine Untersuchungsobliegenheit zur Ermittlung von Sachmängeln trifft. Vermutlich dürfte dies erneut Anlass zur Herausbildung einer facettenreichen Kasuistik bieten, verwoben mit derjenigen zur Frage, wann eine Sache „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ eingebaut wurde.<sup>56</sup> Der Verlauf der Rechtsentwicklung in diesem Bereich kann und soll hier nicht im Detail prognostiziert werden. Mit dem Blick auf die Grundfrage der Verteilung von Nacherfüllungslasten dürften sich aber immerhin schon drei Aussagen treffen lassen. Zum ersten wäre es angesichts der (verbraucher-)käufer-schützenden Stoßrichtung der *EuGH*-Rechtsprechung und der gleichgerichteten, sogar überumsetzenden Intention des deutschen Gesetzgebers problematisch, wenn man aus §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB eine Untersuchungsobliegenheit ableiten wollte, die den Käufer letztlich schlechter stellte, als er vor der Einführung des § 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB stand. Selbst wenn man, wie der hiesige Autor, dieser Stoßrichtung kritisch gegenübersteht, kann eine mit europarechtlichen Vorgaben konfligierende Lesart des Gesetzes doch keine tragfähige Lösung bieten. In die Richtung einer zurückhaltenden Statuierung von Käufer-Untersuchungsobliegenheiten wirkt auch die zweite Aussage, dass nämlich die Untersuchungsanforderungen im originären Anwendungsbereich von § 442 BGB grundsätzlich eine Art obere Schwelle für Untersuchungsobliegenheiten im durch § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB konstituierten Anwendungsbereich der Norm bilden. Traf also, nach geltender Rechtslage, den Käufer im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses keine Untersuchungsobliegenheit, entsteht diese nicht nachträglich nur deswegen, weil er die Sache nun – bestimmungsgemäß – einbauen will. Und hat er einer Untersuchungsobliegenheit bei Vertragsschluss genügt, ohne auf Mängel zu stoßen, so muss er den Einbau nicht standard-

<sup>49</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 44 f.

<sup>50</sup> *BGH* NJW 2012, 1073, 1079: „Der Senat sieht davon ab, Grenz- oder Richtwerte für die Bestimmung der angemessenen Höhe einer Beteiligung des Verkäufers an den Aus- und Einbaukosten in Fällen der Ersatzlieferung zu entwickeln; die durch die Entscheidung des Gerichtshofs aufgedeckte Gesetzeslücke durch eine generelle Regelung zu schließen, ist dem Gesetzgeber vorbehalten“.

<sup>51</sup> *BGH* NJW 2012, 1073 Rn. 54.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 40 f.

<sup>53</sup> *EuGH* NJW 2011, 2269 Rn. 56; mit selber Einschätzung offenbar auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/8486, S. 40.

<sup>54</sup> *Westermann*, in: MünchKommBGB (Fn. 9), § 442 Rn. 18 f. m. w. N. auch zu – umstrittenen – Ausnahmen für § 285 BGB und deliktische Ansprüche mit Ausnahme von Weiterfresserschäden an der Sache selbst.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 41.

<sup>56</sup> Zur Frage, ob auch ein vereinbarter Einbau tatbestandsgemäß ist, selbst wenn er dem gewöhnlichen Verwendungszweck nicht entspricht, bereits *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2885 f.

mäßig zur Gelegenheit einer erneuten Untersuchung machen. Indes zeichnen sich, drittens, auch Ausnahmen von diesem Grundsatz ab. So können ein Zeitablauf zwischen Vertragsschluss und Einbau, oder insbesondere auch der Beginn des Einbauprozesses, Hinweise auf den Mangel zutage fördern, die der Käufer nicht ignorieren darf, sondern zum Anlass einer (erneuten) Untersuchung nehmen muss. Auch wenn, mit einem Beispiel gesprochen, der Wortlaut des § 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB nur von einem einzelnen Einbaupunkt zu sprechen scheint und auch wenn im Zeitpunkt des Gefährüberganges keine Mängelindizien bestanden, darf der Käufer nicht das Parkett in seinem gesamten Haus zu Ende verlegen, wenn sich im Boden des ersten Zimmers bereits Parkettstäbe von der darunterliegenden Weichholzschicht abzulösen beginnen.<sup>57</sup> Eine Obliegenheit zum „Probeeinbau“, vergleichbar der Probenuntersuchung beispielsweise von PKWs oder EDV-Anlagen,<sup>58</sup> ist hiermit indes nicht postuliert; in der Regel wird der Käufer nur auf solche Erkenntnisse reagieren müssen, die sich im gewöhnlichen Gang des Einbauprozesses zeigen.

### 3. Verhältnis zu § 254 BGB

Unverkennbar ist die Wertungsparallele zu § 254 BGB, der den Geschädigten ebenfalls für schadensstiftendes oder schadens erhöhendes Verhalten sanktioniert. Der Gleichlauf der Wirkungsweisen von §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB auf der „Nacherfüllungsschiene“ und § 254 BGB auf der „Schadensersatzschiene“ ist indes kein vollständiger. Vor allem kann nämlich die Alles-oder-Nichts-Regel des § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB zu anderen Ergebnissen führen als die Möglichkeit der teilweisen Anspruchskürzung gemäß § 254 BGB.<sup>59</sup> Ist der Käufer im Zeitpunkt des Einbaus in grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels, so erhält er demnach – vorbehaltlich der Arglist oder Garantieübernahme des Verkäufers – gar keine aus- und einbaubezogenen Nacherfüllungsleistungen vom Verkäufer, nicht etwa (wie i. R. von § 254 BGB) eine um den eigenen Verursachungsbeitrag gekürzte Leistung. Im Vergleich zur Schadensersatzschiene mag ein Ausschluss nach § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Nacherfüllungsschiene sogar häufiger von Relevanz sein, weil hier kein Vertretenmüssen des Verkäufers erforderlich ist und damit auch dessen Arglist i. S. von § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB häufiger fehlen dürfte.

Greift der Ausschluss nach §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB ein, weil der Käufer zwischen Vertragsschluss und Einbau bösgläubig wurde, stellt sich die Frage nach den Rückwirkungen auf die Schadensersatzschiene. Auch wenn die *Schaffung* des § 439 Abs. 3 n.F. BGB keine generelle Verdrängung des Schadensersatzanspruchs auf Aus- und Wiedereinbau bewirkt, könnte doch der *Ausschluss* des nacherfüllungsbasierten Aufwendungsersatzanspruchs einen Ausschluss auch des parallelen Schadensersatzanspruchs bewirken. Eine solche Annahme ginge indes fehl. Weder hat sie einen Anhaltspunkt in Wortlaut oder Systematik des klar auf den Anspruch aus § 439 Abs. 3 Satz 1 n.F. BGB bezogenen § 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB. Noch wäre ohne das Instrument des Schadensersatzes ein Vertretenmüssen des Verkäufers genügend berücksichtigt, das für einen Schadensersatz-

anspruch auf Aus- und Wiedereinbau(kosten) stets gegeben sein muss und eine Haftung selbst bei zwischen Vertragsschluss und Einbau eingetretener<sup>60</sup> Bösgläubigkeit des Käufers im Grundsatz rechtfertigt. Sehr wohl kann aber der Einbau trotz Bösgläubigkeit zu einer Anspruchskürzung nach § 254 BGB führen; dies dürfte sogar regelmäßig der Fall sein, weil ohne Einbaumaßnahmen des bösgläubigen Käufers der spezifische Aus- und Wiedereinbauschaden überhaupt nicht entstanden wäre. Zwar wird außerhalb des von § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB geschaffenen Verweisungszusammenhangs vertreten, dass neben § 442 Abs. 1 BGB für § 254 BGB kein Platz sei, dass also insbesondere anfängliche, leicht fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel nicht zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruchs wegen Mängeln der Kaufsache gemäß § 254 BGB führen dürfe.<sup>61</sup> Zugleich ist aber auch anerkannt, dass § 254 BGB wieder Platz greifen kann, wenn die Bösgläubigkeit erst nach Vertragsschluss eintritt und der Käufer trotz ihrer schadensstiftende oder -erhöhende Maßnahmen ergreift.<sup>62</sup> Und genau eine solche Konstellation liegt vor, wenn der Käufer zwischen Vertragsschluss und Einbau bösgläubig in Ansehung des Mangels wird und dennoch den Einbau vornimmt. Überdies bedarf es, jenseits dogmatischer Überlegungen, des Anwendungsausschlusses von § 254 BGB funktional vor allem dann, wenn die Sanktionsschwelle des § 442 Abs. 1 BGB wegen lediglich leicht fahrlässiger Unkenntnis des Käufers, wegen Arglist des Verkäufers oder wegen einer Garantie unterschritten ist und eine Sanktion (in Gestalt der Anspruchskürzung) nach § 254 BGB diese Wertung nicht unterlaufen soll. In der hier gebildeten Beispielssituation hingegen ist die Sanktionsschwelle der §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB *erreicht* und es gibt mithin keinen Anlass, den Käufer von einer wertungskompatiblen Sanktion nach § 254 BGB zu verschonen. In der Summe dieser Überlegungen erschiene es verfehlt, bei Eingreifen von §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB eine Nachrangigkeit des § 254 BGB anzunehmen. Vielmehr bleibt § 254 BGB anwendbar und wird bei Eingreifen von §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB in der Regel zu einer – erheblichen – Anspruchskürzung führen.

Gilt die eigenständige Anwendbarkeit des § 254 BGB aber auch in Fällen, in denen der Käufer zwischen Vertragsschluss und Einbau in *leicht* fahrlässiger Unkenntnis vom Mangel verfiel? §§ 442 Abs. 1, 439 Abs. 3 Satz 2 n.F. BGB ist für solche Fälle die Wertung zu entnehmen, dass der nacherfüllungsbasierte Aufwendungsersatzanspruch gerade nicht ausgeschlossen sein soll, und eine Kürzung des parallelen Schadensersatzanspruchs durch § 254 BGB würde dieser Wertung in gewisser Hinsicht zuwiderlaufen. Obgleich der Schadensersatzanspruch ein Vertretenmüssen des Verkäufers voraussetzt, würde er dem Käufer also im Ergebnis weniger geben als der verschuldensunabhängige Nacherfüllungsanspruch. Dennoch ist dieses Ergebnis angesichts des klaren Wortlauts zu akzeptieren. Mehr noch, es ist das wertungsrichtige Ergebnis, nicht nur, weil der ohnehin ausgeuferte Käuferschutz in Einbaufällen gewiss keiner weiteren Verstärkung bedarf, sondern auch, weil allein die Nacherfüllungsschiene dem – für B2C-Konstellationen eingeschränkten, aber auch insoweit nicht beseitigten – Verweigerungsrecht nach § 439 Abs. 4 BGB unterliegt. Auf der Nacherfüllungsschiene muss der in leicht fahrlässiger Unkenntnis befindliche Käufer also keinen Ausschluss und auch keine Kürzung

<sup>57</sup> Hierin lag der Mangel im „Parkettstäbefall“ des BGH NJW 2008, 2837.

<sup>58</sup> Hierzu OLG Köln NJW 1973, 903; OLG Schleswig MDR 1982, 228 f.; Grunewald, in: Erman (Fn. 47), § 242 Rn. 15; Faust, in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 442 Rn. 23, auch mit der berechtigten Mahnung zur Zurückhaltung bei der Forderung nach solchen Übungen.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu auch Faust, in: BeckOK BGB (Fn. 8), § 442 Rn. 3.

<sup>60</sup> War der Käufer bereits anfänglich bösgläubig, scheitert ein Schadensersatzanspruch ohnehin an § 442 Abs. 1 BGB.

<sup>61</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 918, 920 f.; Stöber, in: BeckOGK-BGB (Fn. 30), § 442 Rn. 108 m. w. N. auch zu ganz vereinzelten Gegenstimmen.

<sup>62</sup> Matusche-Beckmann, in: Staudinger (Fn. 47), § 442 Rn. 23.

hinnehmen, wohl aber eine Kappung nach Maßgabe von § 439 Abs. 4 n.F. BGB (gegebenenfalls i.V. mit § 475 Abs. 4 n.F. BGB). Auf der Schadensersatzschiene greift eine solche Kappung nicht, ebenso wenig ein Ausschluss, wohl aber eine Kürzung nach § 254 Abs. 1 BGB.

Ein letztes Gedankenspiel im Spannungsfeld von § 439 Abs. 3 n.F. BGB und § 254 BGB sei noch unternommen. Es betrifft Situationen, in denen man vielleicht von einem „Luxuseinbau“ sprechen kann, weil die Sache zwar bestimmungsgemäß verbaut wird, zugleich aber so, dass Aus- und Wiedereinbau besonders kostspielig sind. Eine Rohr- oder Stromleitung wird also beispielsweise nicht nur in die leicht zugängliche Wand eines Nutzbaus verlegt, sondern unter das denkmalschutz-konform restaurierte Fresko eines Renaissancepalais oder unter die vom Käufer eigens bestellte Wandmalerei eines zeitgenössischen Stars der Kunstszene. An diesem simplen Beispiel wird deutlich, dass der Einbau einer Sache „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ (§ 439 Abs. 3 Satz 1 BGB) nicht nur in einer einzigen, für den Verkäufer vorhersehbaren Konstellation möglich ist, sondern in einer ganzen Bandbreite von Varianten, die höchst unterschiedlichen Aus- und Wiedereinbauaufwand nach sich ziehen können. Dennoch hat es hier nicht allein der Käufer in der Hand, über den Aufwand bzw. die Kostentragung des Verkäufers zu bestimmen. Auf der Nacherfüllungsschiene begrenzt das Verweigerungsrecht nach § 439 Abs. 4 n.F. BGB (gegebenenfalls i.V. mit § 475 Abs. 4 n.F. BGB) die vom Verkäufer zu tragende Last. Und auf der Schadensersatzschiene kann eine Anwendung von § 254 BGB, insbesondere auch § 254 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB (unterlassene Warnung) geboten sein.

## V. Spielraum für privatautonome Lastenzuweisung?

Auf die Frage, ob den Parteien eine rechtsgeschäftliche Abweichung von der gesetzlichen Verteilung der Nacherfüllungslasten erlaubt ist, hält § 476 n.F. BGB eine negative Teilantwort bereit. Der Unternehmer kann gemäß § 476 Abs. 1 n.F. BGB seine, nach hier vertretener Auffassung aus § 475 Abs. 4 Satz 2 n.F. i.V. mit § 439 Abs. 2 oder Abs. 3 n.F. BGB resultierende, Pflicht zur anteiligen Übernahme des Nacherfüllungsaufwands nicht abbedingen.

Die Wirkungen des Klauselverbots in § 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB lassen sich nicht so knapp umschreiben, da sie eine Abweichung von § 439 Abs. 2 und Abs. 3 n.F. BGB nicht schlechthin verbieten. Sicher unzulässig ist es zwar, wenn in B2C-Konstellationen der Unternehmer-Verkäufer eine aus den genannten Vorschriften folgende Nacherfüllungslast durch seine AGB-Klauseln einschränken möchte. Indes ist auch zu bedenken, dass für den besonders relevanten B2C-Bereich der Unternehmer, welcher typischerweise die Verkäuferrolle einnehmen wird, durch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB im Regelfall als Klauselverwender fingiert wird, so dass das Klauselverbot eingreift. C2C-Fälle, in denen ein Verbraucher dem anderen eine zum Einbau bestimmte Sache verkauft und sich dann die Verwenderfrage stellt, dürften eher Seltenheitswert haben, zumal es sich ausweislich des Einleitungssatzes zu § 309 Nr. 8 lit. b BGB bei der Kaufsache um eine „neu hergestellte Sache“ handeln muss.

Viel relevanter ist eine Ausschlussoption für „B2“-Fälle, in denen also die nacherfüllungsbeschränkende Klausel gegenüber einem Unternehmer als Klauselgegner eingesetzt wird. Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB findet § 309 Nr. 8

BGB dann keine direkte Anwendung, er kann gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB lediglich im Rahmen von § 307 BGB seiner Wertung nach<sup>63</sup> berücksichtigt werden. Dadurch öffnet sich Raum für die Gewährung einer solchen Ausschlussoption,<sup>64</sup> indem man dem Zusammenspiel von § 307 BGB und § 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB gerade *keine* Wertung des Inhalts entnimmt, eine Beschränkung der Nacherfüllungslast aus § 439 Abs. 2, Abs. 3 n.F. BGB sei auch in AGB zwischen Unternehmern unzulässig. Freilich wird damit zumindest auf den ersten Blick zugleich die hinter § 445a n.F. BGB stehende Wertung konterkariert, wonach der Aufwand für den Aus- und Wiedereinbau zum Hersteller der mangelhaften Sache verlagert werden sollte.<sup>65</sup> Andererseits: Für Einschränkungen, die Aufwendungen i.S. von § 439 Abs. 2 BGB betreffen, nimmt die herrschende (freilich nicht unbestrittene)<sup>66</sup> Literatur zu § 309 Nr. 8b cc BGB schon bisher eine begrenzte Ausschlussmöglichkeit an, wobei die Meinungen darüber auseinandergehen, welche Nacherfüllungskosten per AGB auf den Unternehmer-Käufer überwält werden dürfen.<sup>67</sup> Der Gewährung einer Einschränkungsoption für Aufwendungen nach § 439 Abs. 3 n.F. BGB stehen auch europarechtliche Bedenken nicht entgegen, weil die Erstreckung der Aufwendungsersatzpflicht für Aus- und Wiedereinbau auf Unternehmer nicht auf der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie basiert.<sup>68</sup>

Versperrt also diese Barriere nicht den Weg, brechen sich die Erwägungen Bahn, welche nach der *Weber/Putz*-Entscheidung als Gründe gegen eine Erstreckung der Aus- und Wiedereinbaupflicht auf den B2B-Bereich formuliert wurden. Ohne dass es veranlasst wäre, sie hier im Einzelnen nachzuzeichnen, sei zusammenfassend hervorgehoben, dass die (scheinbare) Überwälzung des Aus- und Wiedereinbauaufwandes gar keine echte Entlastung des Käufers sicherstellt, weil sie vom Verkäufer in typisierender Betrachtung eingepreist werden wird.<sup>69</sup> Erinnert man sich an die vorstehenden Überlegungen zu „Luxuseinbauten“ und vergegenwärtigt sich, dass der Verkäufer vielfach nicht wird vorhersehen können, welche der Varianten eines bestimmungsgemäßen Einbaus der Käufer nutzen wird und welche Aus- und Wiedereinbaulasten damit drohen, liegt die Vermutung nahe, dass auf den durchschnittlichen Kaufpreis substantielle und pauschale Sicherheitsmargen aufgeschlagen werden. Aus ökonomischer Perspektive verhindern diese pauschalen Margen eine dem Risiko der individuellen Transaktion angemessene Preisdifferenzierung<sup>70</sup> und resultieren, wenn sie in der Summe über alle Geschäfte zu hoch ausfallen, in einem „dead weight loss“,<sup>71</sup> also der Überallokation von Ressourcen, die

<sup>63</sup> Zum hierbei vor allem von der Rspr. herangezogenen „Indizkriterium“ *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2889 f.

<sup>64</sup> *Dauner-Lieb* NZBau 2015, 684, 686 f.

<sup>65</sup> Siehe auch *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2889, der § 445a BGB „Leitbildcharakter“ zuerkennt.

<sup>66</sup> Gegen eine Ausschlussmöglichkeit etwa *Coester-Waltjen*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2013, § 309 Nr. 8 Rn. 72.

<sup>67</sup> Siehe zum Streitstand insgesamt *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2890 mit umfangreichen w.N. Für eine Ausschlussmöglichkeit abhängig von der Höhe der überwältzten Kosten im Verhältnis zum Wert der Nacherfüllung etwa *Becker*, in: *BeckOK-BGB* (Fn. 8), § 309 Nr. 8 BGB Rn. 39. Für eine Differenzierung danach, in wessen Einflussbereich die Kosten entstanden sind, etwa *Wurmnest*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), § 309 Nr. 8b cc Rn. 56.

<sup>68</sup> *Dauner-Lieb* NZBau 2015, 684, 684.

<sup>69</sup> *Lorenz* NJW 2011, 2241, 2243.

<sup>70</sup> Vgl. auch *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012, S. 371 ff., zum Fehlschlagen der Preisdifferenzierung in sog. „markets for lemons“ und den Schlussfolgerungen für das Verbraucherschutzkonzept.

<sup>71</sup> Allgemein zum Konzept des *dead weight loss* etwa *Schäfer/Ott* (Fn. 70), S. 61.

zur Tragung der Aus- und Wiedereinbaukosten eigentlich gar nicht benötigt werden. Zudem vermindert die „Solidarhaftung“ aller Käufer für das gegenseitige Nacherfüllungsrisiko den Anreiz des Einzelnen, einen ressourceneffizienten Umgang mit Kaufmängeln anzustreben. Um dieses zweifelhaften Ertrages willen opfert man zwei wichtige Grundregeln, nämlich den Gleichlauf von Ersterfüllungs- und Nacherfüllungspflicht sowie – damit zusammenhängend aber noch wichtiger – die sachgerechte Abgrenzung von Schadensersatz und vertretenmüssensunabhängiger Nacherfüllung.<sup>72</sup> Hätte man daher die Aus- und Wiedereinbaupflicht besser gar nicht auf B2B-Geschäfte erstreckt, sollte man den Parteien zumindest nicht vollständig die Möglichkeit nehmen, diesen Fehler des Gesetzgebers zu korrigieren.<sup>73</sup> Ein Verweis auf die Möglichkeit, § 439 Abs. 3 n.F. BGB trotz § 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB durch Individualvereinbarung abzubedingen, bietet keine echte Alternative, da es bekanntlich kein Kinderspiel ist, eine Abrede so zu treffen, dass sie von der Rechtsprechung nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung eingeordnet wird.<sup>74</sup> Natürlich ist darauf zu achten, dass durch eine privatautonome Gestaltungsmöglichkeit im „2B“-Bereich nicht die – als Gegengewicht zu § 439 Abs. 3 n.F. BGB sinnvolle – Rückgriffsmöglichkeit des auf Aus- und Wiedereinbau in Anspruch genommenen Verkäufers bei seinem Lieferanten<sup>75</sup> ausgehöhlt wird. Käme es nämlich dazu, dass Lieferanten ihre Rückgriffsverpflichtungen aus § 445a n.F. BGB flächendeckend abbedingen, während Letztverkäufern diese Möglichkeit durch das AGB-Recht verwehrt wird, wäre die Zwecksetzung der Neuregelung insoweit ausgehebelt. Hierfür bedarf es aber keiner rigiden Interpretation der §§ 307, 309 Nr. 8 lit. b cc n.F. BGB, weil schon § 478 Abs. 4 n.F. BGB Vereinbarungen verhindert, die das Rückgriffsrecht einschränken würden.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist es auch zu begrüßen, dass die in den Ausschussberatungen diskutierte ausdrückliche Erstreckung des Klauselverbotes auf 2B-Fälle<sup>76</sup> letztlich keinen Eingang ins Gesetz gefunden hat. Die im Ausschussbericht formulierte Erwartung, die Rechtsprechung werde eine solche Erstreckung jedenfalls für das Verhältnis zwischen „großen“ Baustoffhändlern und (angeblich) strukturell unterlegenen, „kleinen“ Handwerkern oder „kleinen“ Bauunternehmen – wo verläuft hier die Trennlinie? – vornehmen,<sup>77</sup> bewahrheitet sich, so ist zu hoffen, jedenfalls nicht in Gestalt eines pauschalen Rundumschlags.

## VI. Wertungsstimmigkeit im Umgang mit unverhältnismäßig hohen Nacherfüllungsaufwendungen?

Einige abschließende Betrachtungen dieses Beitrags sollen um die Frage kreisen, wie der Buchstabe des Gesetzes künftig mit Situationen umgeht, in denen die Nacherfüllungsaufwendungen ein unverhältnismäßig hohes Maß erreichen

(würden). Liegt Vertretenmüssen vor und kann es vom Käufer auch – gegebenenfalls mit Hilfe der Vermutungsregelung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB – nachgewiesen werden, ändert sich in Wirklichkeit wenig, weil der Aus- und Wiedereinbau schon bisher im Wege des Schadensersatzes geschuldet war und die gesetzliche Neuregelung hieran nichts ändert. In der ökonomischen Gesamtsicht führt die Erweiterung der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers aber auch in Fällen fehlenden Vertretenmüssens nicht wirklich zu höherem Nacherfüllungsaufwand, weil die Durchführung einer Nacherfüllung in den einschlägigen Konstellationen ja schon bisher einen Aus- und Wiedereinbau erfordert hat. Was sich zu Ungunsten des Verkäufers ändert, ist die Lastenverteilung zwischen den Parteien. Die Konsequenzen dieser Lastenverschiebung hängen nicht zuletzt davon ab, ob es sich um einen Verbrauchsgüterkauf oder um ein B2B-Geschäft handelt.<sup>78</sup>

Eine wichtige Besonderheit des Verbrauchsgüterkaufs liegt darin, dass der Verkäufer – wie gezeigt – auf eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nicht mit deren Totalverweigerung reagieren kann, sondern zumindest einen Teil der Nacherfüllungskosten übernehmen muss. Hieraus kann ein Anreiz für den Verbraucher-Käufer resultieren, die Nacherfüllung auch tatsächlich durchzuführen. Aus der Effizienzperspektive ist dies dann unerwünscht, wenn eine andere Lösung, etwa die Hinnahme der Mangelhaftigkeit in Verbindung mit einer finanziellen Kompensation oder der bloße Ausbau ohne Wiedereinbau im Zuge einer Rückabwicklung, bei geringerem Ressourcenaufwand den Belangen des Käufers ebenfalls Genüge tut. Ganz vermeiden kann der deutsche Gesetzgeber diesen Effekt nicht, weil er in Gestalt von §§ 439 Abs. 3, 475 Abs. 4 n.F. BGB nur dasjenige in Gesetzesform gießt, was der *EuGH* vorgegeben hat und was ohnehin schon geltendes (Richter-)Recht ist. Für die Gerichte besteht aber durchaus ein gewisser Spielraum in der Festlegung der Unverhältnismäßigkeitsschwelle und des „angemessenen Betrags“, den der Verkäufer bei deren Überschreiten leisten muss. Halten sie hier Maß, kann dies sinnlos teuren Nacherfüllungsoperationen entgegenwirken.

Im B2B-Bereich könnte die Neuregelung bei besonders aufwändigen Nacherfüllungsszenarien in gewisser Weise einen gegenläufigen Effekt haben: Führt die Verpflichtung zum Aus- und Wiedereinbau dazu, dass die Unverhältnismäßigkeitsschwelle überschritten wird, kann der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern und muss auch keinen anteiligen Aufwandsersatz leisten. Der Vertrag geht dann in das Sekundärgewährleistungsstadium über. Dieser Effekt ist erwünscht und als positive Konsequenz der Gesetzesänderung hervorzuheben, soweit er unwirtschaftliche Nacherfüllungsanstrengungen vermeidet. Die Parteien zahlen hierfür aber auch einen Preis. Denn der Verkäufer muss bis zur Schwelle des § 439 Abs. 4 n.F. BGB einen höheren Nacherfüllungsaufwand tragen. Und der Käufer muss ab Erreichen dieser Schwelle unter Umständen gänzlich auf eine Nacherfüllung verzichten, gerade weil diese nunmehr Aus- und Wiedereinbau beinhalten würde. Dann hat er vom Gesetzgeber in Gestalt von § 439 Abs. 3 n.F. BGB Steine statt Brot erhalten. Ob die Verhinderung unverhältnismäßig teurer Nacherfüllungsmaßnahmen durch das Verweigerungsrecht des § 439 Abs. 4 n.F. BGB in gesamtökonomischer Perspektive die tendenzielle Erhöhung der auf Nacherfüllungen verwendeten Ressourcen überwiegt, wie sie aus § 439 Abs. 3 n.F. BGB auch für den B2B-Bereich resultiert, vermag der vorliegende Beitrag nicht zu klären. Hierfür wären Un-

<sup>72</sup> *Dauner-Lieb* NZBau 2015, 684, 684f.; *Lorenz* NJW 2011, 2241, 2241f., insbesondere auch unter Bezugnahme auf die „Parkettstäbe“-Entscheidung *BGH* NJW 2008, 2837; *Jaensch* NJW 2012, 1025, 1026f.; *Westermann*, in: MünchKommBGB (Fn. 9), § 439 Rn. 15.

<sup>73</sup> Unentschieden hingegen *Dauner-Lieb* NZBau 2015, 684, 686f.; ablehnend *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2892.

<sup>74</sup> *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2889.

<sup>75</sup> Hierzu *Graf von Westphalen* BB 2015, 2883, 2883f.

<sup>76</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11 437, S. 45.

<sup>77</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11 437, S. 46.

<sup>78</sup> C2C-Geschäfte sollen an dieser Stelle ausgeblendet bleiben.

tersuchungen der empirischen Ökonomie erforderlich. Und ebenso schwer ist die Antwort auf die Frage, ob sich aus der Kombination beider Effekte eine volkswirtschaftlich insgesamt zufriedenstellende Allokation von Ressourcen auf die kaufgewährleistungsrechtliche Nacherfüllung ergibt. Möglicherweise ergibt sich aus der unklaren ökonomischen Diagnose aber immerhin ein weiteres Argument für die Gewährung von privatautonomer Gestaltungsfreiheit, weil die Parteien die ökonomischen Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles besser überblicken und damit aussteuern können als ein Gesetzgeber, der sich nicht an klaren ökonomischen Befunden zu orientieren vermag.

Betrachtet man das Verhältnis des Verkäufers zu seinem Lieferanten, so ist die Erweiterung der Rückgriffsmöglichkeiten aus ökonomischer Perspektive jedenfalls insofern positiv, als die erhöhte Haftungswahrscheinlichkeit einen verstärkten Anreiz zur Mängelvermeidung bei demjenigen Akteur schafft, der die Mängelvermeidung typischerweise (wenn auch keineswegs zwangsläufig) mit dem geringsten Ressourcenaufwand betreiben kann.<sup>79</sup> Allerdings erfolgt die Haftungsverlagerung in verhältnismäßig aufwändiger Weise, nämlich entlang zweier Vertragsverhältnisse statt durch einen Direktanspruch, woraus schon für sich genommen Reibungsverluste resultieren können (etwa: doppelte Prozesskosten). In dieser Erkenntnis begegnet einem zugleich wieder die schon so oft diskutierte Frage, ob dem Produkthaftungs- und Kaufgewährleistungsrecht mit Direktansprüchen gegen den Hersteller, die nach den Grundsätzen für Sonderverbindungen ausgestaltet sind, nicht doch besser gedient wäre.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Zur Rückverlagerungsintention der Vorschrift auch BT-Drucks. 18/8486, S. 41.

<sup>80</sup> Zusammenfassend zu verschiedenen Ansätzen, die Rechtsfiguren der Sonderverbindung nutzbar machen woll(t)en, Schäfer, in: Staudinger, BGB,

## VII. Fazit

Wo die geplante Gesetzänderung problematische Rechtsprechung des *EuGH* in den Buchstaben des BGB hineinwebt, kann ihr kaum ein Vorwurf gemacht werden. Besserung ist hier auf der Ebene des Europäischen Rechts zu suchen, beispielsweise in einer Neufassung der Verbrauchsgüterkauf-RiL. Wo das Gesetzesvorhaben die Vorgaben des *EuGH* selektiv umsetzt, wie mit dem Beibehalten eines Verweigerungsrechts wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs, ist ihm Beifall zu spenden. Gleiches gilt für die neue Rückgriffsmöglichkeit des Letztverkäufers, der Aus- und Wiedereinbaukosten zu tragen hatte. Der Einbezug von Aus- und Wiedereinbau in die Nacherfüllung jenseits des Verbrauchsgüterkaufs wäre für die Sicherstellung dieses Rückgriffs hingegen nicht erforderlich gewesen, sie dehnt das verfehlte Nacherfüllungskonzept des *EuGH* unnötig aus. Die im Ausschussstadium vorgenommene, generelle Streichung der Option eines Aus- und Wiedereinbaus in natura durch den Verkäufer kann in ihrer Pauschalität nicht überzeugen. Im Umgang mit verschiedenen Detail-Stellschrauben, beispielsweise der Möglichkeit zu abweichenden Regelungen in AGB, hat es nun die nationale Rechtsanwendung in der Hand, aus der neuen Gestalt der kaufrechtlichen Nacherfüllung das Bestmögliche zu machen.

12. Aufl. 1986, § 831 Rn. 172–177; Diederichsen NJW 1978, 1281; Diskussion und Ablehnung durch die Rspr. vor allem in BGHZ 51, 91, 92 ff.; BGH NJW 1989, 1029 f. Zur stattdessen etablierten deliktischen Lösung Hager, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2010, § 823 Kap. F Rn. 1 f.; Krause, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. III § 823 Rn. 2.